Unentgeltliche Verfügungen des Testamentsvollstreckers im Grundbuchverkehr.

Ein Beitrag zu § 2205 Satz 3 BGB.

INAUGURAL-DISSERTATION

DER

JURISTENFAKULTÄT DER
UNIVERSITÄT ROSTOCK

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Friedrich Riesenfeld,
Gerichtsreferendar aus Breslau.

1912.
Hermann Blanke's Buchdruckerei, Berlin C. 54,
Kleine Rosenthalerstrasse 9.

Referent: Herr Professor Dr. Matthiass.

Meinen Eltern in Dankbarkeit,
meiner Braut in Liebe!

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

§ 1. **Die rechtliche Natur des Testamentsvollstreckers im heutigen BGB.** 11

§ 2. **Die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers nach § 2205 BGB.** 13

§ 3. **Die in § 2205 BGB. den Verfügungen des Testamentsvollstreckers gesetzte Schranke und ihre Bedeutung:** 15

I. Ueberhaupt

a) Der Begriff der unentgeltlichen Verfügungen . . 16

b) Die zwingende Natur der Vorschrift 17

1) Unmöglichkeit der Befreiung von der Schranke seitens des Erblassers 17

2) Unmöglichkeit der Befreiung durch Zustimmung seitens des Erben 18

c) Die dingliche Wirkung der Schranke 21

d) Die rechtliche Bedeutung der Schranke 26

1) Verfügungsbeschränkung? 26

2) Veräusserungsverbot? 28

3) Dingliche Gebundenheit 29

e) Die praktische Bedeutung der Schranke 31

§ 4. II. **Die Beachtung der Schranke bei dem Grundbuchverkehre** 33

a) Die grundbuchlichen Verfügungen des Testamentsvollstreckers überhaupt 33

b) Unentgeltliche Verfügungen des Testamentsvollstreckers 37

1) Prüfung des Kausalgeschäftes 37

2) Unmöglichkeit des Nachweises der Nichtunentgeltlichkeit mit den Mitteln des § 29 BGB. . 39

3) Die Beachtung der Schranke in der Rechtsprechung 42

aa) Analogieen 43

aaa) Die Rechtsprechung über den befreiten Vorerben 43

bbb) Die Rechtsprechung über die Verwalter fremden Vermögens 44

bb) Die Rechtssprechung über den Testamentsvollstrecker 45

4) Wie ist die Schranke zu beachten? 50

§ 5. **Schluss** 52

Literatur-Verzeichnis.

Achilles-Strecker: Die Grundbuchordnung, 1901.

Bendix: in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung von 1873.

Biermann: Bürgerliches Recht, I. Bd., 1908.

Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt, Bd. 51.

Böhm: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, II. Aufl. 1900.

Brachvogel: in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 50.

Brachvogel: in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 51.

Dernburg: Das bürgerliche Recht, Bd. V, 1905.

Dernburg-Hinrichs: Das preussische Hypothekenrecht, 1. Abt. 1877.

Doehl: in der deutschen Juristenzeitung, 1905.

Doehl: tn Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 50.

Eccius: in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 50.

Engelmann: Das Bürgerliche Recht Deutschlands, 4. Aufl. 1906.

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zusammengestellt im Reichsjustizamt (RJA).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG.).

Entwurf eines Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1. Lesung, 1888 und 2. Lesung 1895.

Fischer: Grundbuchordnung, 5. Aufl. 1909.

Fischer-Henle: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, 6. Aufl., 1904.

Frommhold: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900.

Fuchs: Grundbuchrecht, Bd. I, 1902.

Fuchs-Arnheim: Das Grundbuchrecht, Bd. II, 1908.

Glaser: in der deutschen Juristen-Zeitung, 1908.

Güthe: Die Grundbuchordnung, Bd. 1, Berlin 1905.

Hachenburg: In der Zeitschrift des deutschen Notar-Vereins, 06.
Hachenburg: Studien zum Erbrecht, Heft 1, 1895.
Hahn-Mugdan: Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. V, 1897.
Heldmann: in der deutschen Juristenzeitung, 1908.
Herold: im sächsischen Archiv für Rechtspflege, 1906.
Herold: im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, Bd. VIII.
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts (JKE.) herausgegeben von Johow-Ring, Berlin.
Jastrow: in der Zeitschrift des deutschen Notar-Vereins, 06.
Kipp: Das Erbrecht 1911.
Kretzschmar: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1906.
Marcus: Die Tv.'ung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, im sächs. Arch. f. bürgerl. Recht und Prozess, Bd. VIII, 1898.
Martinius: in der Zeitschrift des deutschen Notarvereins, 06.
Matthias: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. 1910.
Meikel: im Recht, 1905.
Meischeider: Die letztwilligen Verfügungen, 1900.
Mommsen: im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 76.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. III, V, VI.
Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht, Bd. II, 4. Aufl. 1909.
Peiser: Handbuch des Testamentsrechts, 2. Aufl. 1907.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. II, 3. Aufl. 1903; Bd. III, 3. Aufl. 1907; Bd. V, 3. Aufl. 1908.
Predari: Die Grundbuchordnung, Berlin, 1907.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. V, 1899.
Raape: Das gesetzliche Veräusserungsverbot des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin, 1908.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (OLG.), herausgegeben von Mugdan-Falkmann.
Rheinische Notarzeitung, 1905.
Roeder: Verfügungsbeschränkungen des Vorerben. Inaug.-Diss., Leipzig, 1905.
Salinger: im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 19.

Scherer: Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 5. Bch. 00.
Sohm: im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 28.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. V, 06.
Strohal: Das deutsche Erbrecht, Bd. I, 1903.
Thiesing: im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 94.
Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht, Bd. II (GBO.) 1906.
Verhandlungen des 21. deutschen Juristentages, Bd. I, 1890; Bd. III, 1892.
Verhandlungen des 5. deutschen Notartages, in der Zeitschr. des deutschen Notarvereins, 1908.
Weber: in der Zeitschrift des deutschen Notarvereins, 1906, 1907.
Wilke: Kommentar zum Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900.
Wilutzky: im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 28.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I. und III, 9. Aufl., 1906.
Wolff: Die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers und ihre Grenzen, Inaug.-Diss. Breslau, 1909.
Wolffgarten: Der Schutz des Nacherben gegen Verfügungen des nicht befreiten Vorerben, sowie Dritter über die Gegenstände der Vorerbschaft nach heutigem bürgerlichen Rechte. Inaug.-Diss. Leipzig, 1907.
Wunderlich: Die Eintragungsbewilligung des heutigen Grundbuchrechts. Inaug.-Diss. Leipzig, 1906.
Zeitschrift des deutschen Notarvereins (DNV.) 1907.
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat (ZBIFG.) Bd. II, VII, VIII.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553620_0121

§ 1.

Die rechtliche Natur des Testamentsvollstreckers im heutigen BGB.

Das Amt des Testamentsvollstreckers[1]) beruht auf altdeutschem Rechte und ist aus dem Institute des Treuhänders und des Salmanns hervorgegangen. Der Erblasser übertrug die Nachlassgegenstände einem Manne, den er seines besonderen Vertrauens für würdig hielt, zu Eigentum — eben dem Salmann. Nur Treu und Glauben verpflichteten diesen, sein Eigentumsrecht an dem erworbenen Nachlass wieder aufzugeben und es gemäss dem letzten Willen des Erblassers nach dessen Tode auf die Erben zu übertragen. Die spätere Entwicklung — fussend auf den Grundsätzen des römischen Rechtes — hat mit dem Eigentumserwerbe des Tv.'s gebrochen; denn es könne nicht dem Willen des Testators entsprechen, „dem Vollstrecker die Rechtsstellung des Eigentümers zu gewähren."

Die Landesgesetzgebung, soweit sie sich überhaupt mit diesem Institute befasste, verfiel denn in den entgegengesetzten Fehler, den das deutsche Recht begangen hatte, und beschränkte die Rechtsstellung des Tv.'s, indem sie ihn zum blossen Mandatar des Erblassers oder gar des Erben herabdrückte.[2]) Im

[1]) Folgende Abkürzungen seien mir gestattet: Tv. = Testamentsvollstrecker, Tv.'ung = Testamentsvollstreckung.

[2]) Bayr. Landr. III, 2 § § 15 ff.; Preuss. ALR. I, 12, § § 557 ff.; Cod. civil, Art. 1025 ff. Sächs. GB. § § 2230 ff. cit. aus Planck, V. S. 553.

weiteren Verlauf hat sich der erste Entwurf des BGB. für die Erbvertretertheorie entschieden,[3]) wenn er auch von einer prinzipiellen Vorschrift absehen und es der Wissenschaft überlassen wollte, „das Ergebnis aus den aufgestellten Vorschriften zu ziehen".[4]) Der mit Recht schroffen Kritik hiergegen ist es hauptsächlich zu verdanken,[5]) dass der zweite Entwurf des BGB.[6]) und das Gesetzbuch selbst, anknüpfend an die geschichtliche Entwicklung des Instituts,[7]) zu einer wesentlich freieren Stellung des Tv's sich bekannten, wenngleich sie die prinzipielle Lösung der Frage ebenfalls der Wissenschaft überlassen haben.[8])

Diese ist in der überwiegenden Mehrheit ebenso wie die Rechtsprechung der Ansicht, dass der Tv. kein Vertreter des Erben ist, sondern ein — nicht öffentliches — Amt ausübt, kraft eigenen Rechtes, aber gemäss dem erblasserischen Willen im Interesse von Erben, Nachlassgläubigern und Vermächtnisnehmern.[9]) Mit dieser Auffassung der Tv.'ung wird Theorie und Praxis den Absichten des Gesetzgebers gerecht. Denn „die freiere Stellung des Tv.'s entspreche", wie es in den Protokollen heisst, „sowohl den Zwecken seines Amtes, als auch dem mutmasslichen Willen des Erblassers. Der Erblasser berufe

---

[3]) Entw. I, § 1903; Mot. V. S. 229—236.

[4]) Mot. V, S. 217.

[5]) Verh. d. XXI. deutsch. Jur. Tages I, S. 3—54; III, S. 223—239.

[6]) Entw. II, § § 2067 ff.; BGB. § § 2197 ff.

[7]) Protok. V, S. 280/81.

[8]) Planck, V, S. 554; Böhm, S. 177; a. M. Frommhold, S. 194.

[9]) RG. 56, 330; 59, 365; RJA. III, S. 44, 101; Planck, V, S. 554; Dernburg V, S. 379; Strohal, S. 295; Frommhold, Anm. zu § 2202; Marcus, S. 57; Engelmann, S. 761 und 763; Mathias S. 739, Kipp S. 310 u. a. Jedoch haben auch andere mehr oder minder hiervon verschiedene Theorien noch in der neueren Zeit ihre Vertreter gefunden. vgl. hierzu Wolff, S. 2 ff.

einen Tv., damit sein letzter Wille zur Ausführung gelange. Er wolle, dass der Tv. insoweit zur freien Verfügung über den Nachlass berechtigt sein solle."[10]) Diesen Erwägungen der zweiten Kommission verdankt auch der § 2205 seine Gestaltung. Um wirksam den letzten Willen des Erblassers zur Ausführung bringen zu können — das erste und letzte Ziel der Tv.'ung — ist dem Tv. die Verwaltung des Nachlasses übertragen, womit der Besitz und das Verfügungsrecht über die Nachlassgegenstände verknüpft ist.[11]) Jedoch ist er „zu unentgeltlichen Verfügungen nur berechtigt, soweit sie einer sittlichen Pflicht oder auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen."[12]) Die Bedeutung dieser den Verfügungen des Tv. gesetzten Schranke zu ermessen, soll das Ziel dieser Darstellung sein. Zu diesem Behufe aber erscheint es notwendig, zuerst kurz auf die Verfügungsmacht selbst, wie sie dem Tv. nach BGB. § 2205 zukommt, einzugehen.

§ 2.

Die Verfügungsmacht des TVs nach § 2205 BGB.

Der Tv. ist berechtigt, „über die Nachlassgegenstände zu verfügen". Unter „Verfügungen" versteht man im allgemeinen nur dingliche Verfügungen im Gegensatz zu obligatorischen Rechtsgeschäften.[1]) Auch

[10]) Protok. V, S. 281.

[11]) BGB. § 2205, Satz 1 u. 2.

[12]) BGB. § 2205, Satz 3.

[1]) Planck I, S. 185; Fischer-Henle, Vorbem. zu § 104 BGB., S. 49; Engelmann, S. 136; Böhm, S. 8; Staudinger V, S. 87, 456; Biermann I, S. 156/57; Wilutzky, S. 58; Sohm, S. 192. (Ich gebrauche dem Sprachgebrauch folgend Verfügung = Rechtsgeschäft, obwohl es m. E. auch nichtrechtsgeschäftliche Verfügungen gibt).

das BGB., das für diesen Begriff keine Definition gibt, gebraucht das Wort „Verfügung", wenn es sich darum handelt, unmittelbar ein Recht zu übertragen, zu belasten, zu ändern oder aufzuheben. Diesen Inhalt hat auch das Verfügungsrecht des Tv.'s über die Nachlassgegenstände, d. h. der Tv. kann die Nachlasssachen, Mobilien und Immobilien, zum Zwecke der Auseinandersetzung veräussern und mit Hypotheken oder dinglichen Rechten belasten, die Nachlassforderungen kündigen, zedieren, einziehen, aufrechnen und dergl.[2]) Er ist also zu allen denjenigen Rechtsgeschäften hinsichtlich der Nachlassgegenstände befugt, die unter den oben aufgestellten Begriff „Verfügungen" fallen. Und zwar ist dieses Verfügungsrecht des Tv.'s, wenn man bedenkt, dass er doch nur als der Verwalter eines fremden Vermögens auftritt, dessen Herr der Erbe ist, ein sehr freies, umfangreiches; denn nur der Wille des Erblassers kann es gemäss § 2208 Abs. 1 BGB. beschränken. Vor allem aber ist die Verfügungsbefugnis des Erben suspendiert, soweit und solange die Macht des Tv.'s reicht.[3]) Das Verfügungsrecht des Tv.'s ist insbesondere nicht kausal bedingt durch eine Bestimmung, wie sie bezüglich des Rechtes des Vollstreckers, Verbindlichkeiten für den Nachlass einzugehen, getroffen ist:[4]) hierbei nämlich hat er in jedem einzelnen Falle erst zu prüfen, ob die Verfügung zur ordnungsmässigen Verwaltung des Nachlasses erforderlich ist oder nicht.[5]) Dies geht klar aus der Entstehung des § 2205 hervor. Während der erste Entwurf, entsprechend den

---

[2]) Planck V, S. 575; Scherer V, S. 288; Staudinger V, S. 456; Strohal I, S. 277; Frommhold, S. 198; Wolff, S. 42.

[3]) § 2211 BGB.

[4]) § 2206, Satz 1 BGB.

[5]) Planck, V, S. 575; Staudinger V, S. 456; Peiser, S. 240; Meischeider, S. 499; Wolff, S. 41; a. M. anscheinend Marcus, S. 64.

Anschauungen der partikularen Gesetzgebung die Verfügungsgewalt des Tv.'s im § 1900 im Sinne der vorhergehenden Ausführungen noch kausal beschränkt,[6]) finden wir bereits im zweiten Entwurfe § 2075 eine unbeschränkte Berechtigung, über die Nachlassgegenstände zu verfügen, wie im BGB. selbst. Diese Umgestaltung ist aus den Beratungen der zweiten Kommission hervorgegangen. Massgebend für diese bedeutungsvolle Aenderung des zweiten Entwurfes, obwohl sein Standpunkt in dieser Frage theoretisch für richtig erachtet wurde, war besonders die Rücksicht auf das Verkehrsbedürfnis, „da jede andere Schranke die Gefahr nahe lege, dass die Erreichung des Zweckkes der Tv.'ung den letzten Willen des Erblassers zur Durchführung zu bringen, erheblich erschwert werde."[7]) Für die Erben ist die Gefahr, die diese freie Verfügungsgewalt des Tv.'s schaffen könnte, durch verschiedene Schutzmittel nach Möglichkeit abgeschwächt, — wie besonders durch die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit des Tv.'s nach § § 2216, 2218, 2219 BGB. und § 266 StGB.

§ 3.

Die in § 2205 BGB. den Verfügungen des TVs gesetzte Schranke und ihre Bedeutung überhaupt.

Wenn es nun das Gesetz aus den in den Protokollen niedergelegten und zu verstehenden Gründen für notwendig erachtete, den Tv. hinsichtlich der Verfügungen über die Nachlassgegenstände von allen

[6]) § 1900 I. Entw.: der Tv. ist zur Verfügung . . . . nur dann berechtigt, wenn die Verfügung zur ordnungsmässigen Verwaltung oder zur Beschaffung der Mittel für die Erfüllung einer Nachlassverbindlichkeit erforderlich ist.

[7]) Protok. V, S. 281.

Fesseln zu befreien,[1]) so muss es seine besondere Bedeutung haben, wenn das Gesetz eine einzige Schranke aufgerichtet und konsequent durchgeführt hat. Nur zu unentgeltlichen Verfügungen ist der Tv. in keinem Falle berechtigt, soweit sie nicht etwa sittlich geboten sind. Unentgeltlich aber sind Verfügungen dann, wenn sie vorgenommen werden, ohne dass von der anderen Seite eine äquivalente Gegenleistung erfolgt, die aber sicher auch in einem Unterlassen der Ausübung eines Rechtes bestehen kann, d. h. ohne Absicht der Verbindlichkeitserfüllung.[2]) Von seiten des Tv.'s wird wohl immer eine positive Tätigkeit erforderlich sein;[3]) jedenfalls wird man das Unterlassen eines Erwerbes im allgemeinen nicht als unentgeltliche Verfügung auffassen können. Evtl. wird in einem solchen Unterlassen eine Verletzung der dem Tv. obliegenden Pflichten liegen und ihn nach § 2219 BGB. schadenersatzpflichtig machen. (Vgl. Böhm, S. 118; Frommhold, S. 143 bezüglich des Vorerben). Wann im übrigen ein solches unentgeltliches Rechtsgeschäft vorliegt, wird sich nicht für alle Fälle gleichmässig feststellen lassen, sondern immer eine Tatfrage bleiben.[4]) Denn ob eine Verfügung im Sinne des Gesetzes unentgeltlich ist, wird davon abhängen, ob das ihr zugrunde liegende Kausalgeschäft unentgeltlich ist.[5]) Der vom BGB. gebrauchte Ausdruck „unentgeltliche Verfügung" ist nur eine technische Abkürzung für den Begriff: „Verfügung auf Grund eines unentgeltlichen Kausalgeschäfts." Dass der Begriff weiter ist das der der Schenkung, versteht sich von selbst; denn diese setzt nach § 516 BGB. ausser der

[1]) Protok. V, S. 281, 527.

[2]) RG. X, S. 86; XXX, S. 36; LI, S. 415; LXII, S. 44; JKE. 33, S. A. 164; Planck, II, S. 422.

[3]) OLG. VI, S. 369.

[4]) Fischer-Henle, Anm. 2 zu § 1641; Wolff, S. 43.

[5]) Oberneck II, S. 397; JKE. 33 S. A. 167.

Unentgeltlichkeit eine Bereicherung des einen Teils auf Kosten des anderen voraus. Deshalb ist es auffällig, dass in den analogen Fällen der § § 1446, 1641, 1804 BGB. das Verfügungsverbot nur auf Schenkungen bezogen ist,[6]) während der Vorerbe wie der Tv. hinsichtlich aller unentgeltlichen Verfügungen beschränkt ist. Doch ist m. E. dieser Besonderheit keine über den einfachen Wortsinn hinausgehende Bedeutung beizulegen. Dagegen findet sich wiederum die Einschränkung bezüglich der Anstandsschenkungen, wozu vor allem die remuneratorischen Schenkungen des früheren Rechtes gehören, überall ohne Ausnahme. Diesen nicht eine exzeptionelle Stellung zu geben, hätte auch den ethischen Anschauungen widersprochen, auf die der Gesetzgeber in erster Linie Rücksicht zu nehmen hat. Wann aber im besonderen eine solche Schenkung vorliegt, wird wiederum Tatfrage bleiben müssen.

Hinsichtlich der unentgeltlichen Verfügungen dem Tv. eine Schranke aufzuerlegen, ergab sich notwendig gerade aus dem Grunde, weil sonst seine Verfügungsmacht frei gestaltet und nicht ausdrücklich durch die Rücksicht auf ordnungsgemässe Verwaltung beschränkt ist. Denn kaum jemals werden unentgeltliche Rechtsgeschäfte, soweit sie nicht sittlich geboten sind, zur ordnungsgemässen Verwaltung gehören. Deshalb hätte es den Bedürfnissen des sicheren Verkehrs nicht entsprochen, auch hierin dem Tv. freie Hand zu lassen. Selbst des Erblassers Wille, der sonst doch in allem der in erster Linie bestimmende Faktor ist, kann ihn von dieser Schranke nicht befreien. Der dritte Absatz des § 2205 ist also im Gegensatz zu den meisten anderen Bestimmungen über die Tv.'ung zwingendes Recht. Es wäre auch nicht zu verstehen, wenn der Erblasser seinen Erben etwas zuwendet, aber dem

---

[6]) § § 2113; 2136 BGB.

Verwalter des Erbenvermögens es anheimgestellt wäre, das anvertraute Gut nach Belieben zu verschleudern. Denn dass „eine übermässige Neigung zu schenken, welcher Schranken gesetzt werden müsste, bei den Menschen nicht oft vorkomme," wie Mommsen bei Gelegenheit des § 1446 BGB. ausführt, kann wohl kaum einen genügenden Schutz bieten.[7]) Im ersten Entwurfe des BGB. machte allerdings die kausale Beschränkung der Verfügungsmacht eine solche Schranke überflüssig.[8]) Da man aber die Verfügungsmacht dieser Fessel entledigen wollte, „war man der Ansicht, es entspreche keineswegs der Absicht des Testators, dass es rein von dem Belieben des berufenen Tv.'s abhängen solle, ob der Erbe überhaupt etwas aus dem Nachlasse erhalte. Der Vollstrecker müsse also zum mindesten den Beschränkungen unterworfen sein, welchen der Vorerbe selbst dann unterliege, wenn der Nacherbe nur auf den Ueberrest eingesetzt sei."[9]) Der Grund der Beschränkung ist bei Tv. und befreitem Vorerben gleich; denn wenn der Vorerbe auch im Gegensatz zum Tv. Eigentum an dem Nachlass besitzt, so ist sein Eigentum doch nicht frei. Deshalb kann der Erblasser selbst den Vorerben, den er gemäss § 2137 BGB. sonst so ganz unabhängig gemacht, von dieser einen Beschränkung nicht befreien. Denn auch hier wäre es nicht zu verstehen, dass dem Vorerben das Recht gewährt sein sollte, nach freiem Belieben den Nachlass zu verschenken. Der Zweck jeder Nacherbfolge ist doch, auch für die weitere Zukunft bereits dem Nachlass einen vom Erblasser bestimmten Herrn zu geben; ohne die Schranke aber könnte der Vorerbe durch Schenkung entgegen dem erblasserischen Willen den Nachlass einem anderen als dem Nacherben übereignen.

[7]) Mommsen, S. 176.
[8]) § 1900, I. Entw.
[9]) Protok. V, S. 280.

Aus dem gleichen inneren Grunde, weil unentgeltliche Verfügungen über den Nachlass regelmässig nicht ordnungsgemäss sein und dem vernünftigen Willen des Erblassers entsprechen können, kann auch die Uebereinstimmung von Verwalter und Herren des Vermögens, d. h. Tv. und Erben die Schranke nicht beseitigen. Daher ist entgegen der Ansicht Plancks,[10]) der Meinung des KG. beizutreten: der Mangel der Verfügungsmacht des Tv.'s hinsichtlich der unentgeltlichen Verfügungen „kann auch durch die Zustimmung des Erben nicht geheilt werden, solange der Gegenstand der Verfügung der Verwaltung des Tv.'s unterliegt.[11]) Planck's Begründung seiner vom KG. abweichenden Auffassung geht von falschen Voraussetzungen aus. Denn wenn Planck sich darauf stützt, dass doch auch gemäss § 2206 BGB. der Tv. für den Nachlass Verbindlichkeiten eingehen und hierzu die Einwilligung des Erben erzwingen kann, so übersieht er m. E., dass die Eingehung einer solchen Verbindlichkeit für den Nachlass oft nützlich, ja zuweilen zur ordnungsmässigen Verwaltung sogar notwendig sein kann, während dies bei einer unentgeltlichen Verfügung ausgeschlossen ist. Zudem sind ja auch gerade nach § 2206 Schenkungsversprechen dem Tv. auf alle Fälle verwehrt, es sei denn, dass sie einer sittlichen Pflicht oder auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen.[12]) — Aber auch die zweite Argumentation, die Planck aus dem § 2211 BGB. entnimmt, trifft nicht zu. Planck meint, dass der Erbe nach den Bestimmungen dieses § 2211 nicht gehindert ist „über Gegenstände, die der Verwaltung des Tv.'s unterliegen, mit der Bestimmung zu verfügen, dass die Verfügung wirksam wird, wenn ihm später das

---

[10]) Planck V, S. 575.
[11]) JKE. 33, S. A. 164.
[12]) Planck V, S. 579.

freie Verfügungsrecht zufällt."[13]) Die Richtigkeit dieser Folgerung aus § 2211 mag zugegeben werden. Denn daraus, dass der Erbe zu einer Zeit verfügt hat, wo ihm das Verfügungsrecht noch nicht zustand, kann man doch nicht folgern, dass diese Verfügung auch für alle Zukunft unwirksam bleiben muss.[14]) Dies bestätigt auch § 185 Abs. 2 BGB; denn bei dieser Vorschrift ist, wie Planck zutreffend ausführt, die Voraussetzung: „wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt" zweifellos auch auf den Wegfall der Verfügungsbeschränkung zu beziehen.[15]) Auch braucht ja der Erbe seine zuvor nichtige Verfügung nach § 141 Abs. 1 BGB. nur zu bestätigen, um zu bewirken, dass die Bestätigung als erneute Vornahme gilt.[16]) — Es ist aber nicht ersichtlich, wie dies beweisen soll, dass die Zustimmung des Erben zu einer unentgeltlichen Verfügung des Tv.'s diese vollauf wirksam machen sollte. Denn diese Zustimmung könnte doch immer nur bewirken, dass die unentgeltliche Verfügung bei Beendigung der Verfügungsmacht des Tv.'s in dem Augenblicke, da der Erbe unumschränkter Herr wird, Wirksamkeit bekommt. Dann da sowohl der Tv. als auch der Erbe nicht imstande sind, eine unentgeltliche Verfügung zu treffen — jener wegen des ausdrücklichen Verbotes in § 2205 Satz 3, dieser eben wegen der Tv.'ung nach § 2211 BGB. —, so kann auch die Uebereinstimmung dieser beiden Nichtberechtigten kein Recht schaffen.[17]) Denn die Vorschrift des § 2205 Satz 3 BGB. ist, wie hervorgehoben, nicht dispositiver, sondern zwin-

---

[13]) Planck V, S. 575.

[14]) Planck V, S. 587; Staudinger V, S. 463; Böhm, S. 190; Eccius, S. 488; Wolff, S. 49.

[15]) Planck V, S. 587; Staudinger V, S. 463.

[16]) Wolff, S. 49.

[17]) Planck V, S. 597; Kipp S. 316; Eccius, S. 488; Bendix, S. 268; JKE. 33, S. A. 172/73.

gender Natur. Die Schranke, die diese Vorschrift schafft, hat aber anderseits, wie Planck[18]) ausdrücklich betont, auch dingliche Wirkung. Infolgedessen ist eine gegen das Verbot verstossende Verfügung auch gegenüber jedem Dritten unwirksam und begründet nicht nur — bei bestehenbleibender Wirksamkeit nach aussen hin — im inneren Verhältnis eine Ersatzpflicht des Tv.'s nach § 2219.

Dass die in § 2205 BGB. Satz 3 den Verfügungen des Tv.'s gesetzte Schranke dingliche Wirkung hat, geht aus dem ganzen Zusammenhange hervor. An und für sich liesse wohl, worauf das KG. in seiner ausführlichen Entscheidung vom 8. November 1906 hinweist, die Klausel: „Zu unentgeltlichen Verfügungen ist er nur berechtigt usw." auch eine andere Deutung zu.[19]) Jedoch zeigt die Gleichheit der Ausdrücke in Satz 2 und 3 des § 2205 an („er ist berechtigt . . . über die Nachlassgegenstände zu verfügen. — Zu unentgeltlichen Verfügungen ist er nicht berechtigt."), dass diese beiden Sätze in innerem, ursächlichem Zusammenhange stehen müssen. Nun ist es aber, wie oben ausgeführt, wohl unbestritten, dass der Satz 2 das Positive, die freie, nicht kausal bedingte Verfügungsmacht des Tv.'s ausspricht. Der Satz 3 enthält das Negative, das Gegenspiel hierzu hinsichtlich unentgeltlicher Verfügungen. Nur dann, wenn man dem positiven Satze die Auslegung geben wollte, dass der Tv. nicht frei verfügen könnte, sondern nur berechtigt wäre, die Zustimmung des Erben zu seinen Verfügungen über die Nachlassgegenstände zu verlangen (vgl. § 2206, Satz 3), könnte man auch den negativen Satz dahin deuten, dass die Verfügungsbeschränkung nur in Bezug auf das innere Verhältnis zwischen Tv. und Erben nach § 2219 wirksam sei. Zum Vergleiche kann man, wie es auch die oben

[18]) Planck V, S. 575.
[19]) JKE. 33, S. A. 168.

angeführte Kammergerichtsentscheidung tut, den zweiten Absatz des § 2207, der auf den § 2205 Satz 3 verweist, heranziehen. Es hiesse den § 2207 direkt auf den Kopf stellen, wollte man der Schranke, die hierin dem Tv., der sonst in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlass nach dem Willen des Erblassers entgegen der dispotiven Vorschrift des § 2206 gänzlich frei sein soll, hinsichtlich der Schenkungsversprechen auferlegt ist, die dingliche Wirkung absprechen. Denn man müsste dann die Ansicht vertreten, dass der Tv. wirksam ein Schenkungsversprechen abgeben könne, das von dem Erben später auf alle Fälle zu erfüllen sei; nur Schadensersatz könnte der Erbe von dem leichtsinnigen Tv., der womöglich nichts besitzt, nach § 2219 verlangen. Dass dieses Ergebnis dem Willen des Gesetzgebers nicht entsprechen kann, bedarf keiner Ausführung. — Auch aus den Materialien lässt sich, wie dies Doehl in seinen Ausführungen in der deutschen Jur. Zeit.[20]) und in Gruchots Beiträgen will, nicht herauslesen, dass die Schranke in § 2205 dingliche Wirkung nicht habe.[21]) Wie vielmehr Herold[22]) richtig bemerkt, lassen gerade die Materialien darauf schliessen, dass der Schranke eine solche Wirkung unbedingt beizumessen sei. Wenn es in den Protokollen heisst, „der Vollstrecker müsse zum mindesten den Beschränkungen unterworfen sein, welchen der Vorerbe selbst dann unterliege, wenn der Nacherbe nur auf den Ueberrest eingesetzt sei“,[23]) so scheint gerade dieser Vergleich mit der Verfügungsmacht und den Beschränkungen des Vorerben ein schlagender Beweis für die dingli-

---

[20]) DJZ. 05, S. 906; Gruchots Beitr. 50, S. 609 ff.

[21]) Motive V, S. 232/33; Protok. V, S. 281; Brachvogel in Gruchots Beitr. 51, S. 312.

[22]) Herold im sächs. Arch. 1906, S. 499; Protok. V, S. 280, 525.

[23]) Protok. V, S. 280.

che Natur der Beschränkung des § 2205 Satz 3 zu sein.[24]) — Der Erblasser kann den Vorerben nach § 2136 BGB. von allen möglichen Beschränkungen und Verpflichtungen befreien (befreieter Vorerbe) und alle diese Befreiungen gelten, wenn der Erbe nach § 2137 BGB. auf dasjenige eingesetzt ist, was von der Erbschaft bei dem Eintritt der Nacherbfolge übrig sein wird (Nacherbschaft auf den Ueberrest).[25]) Aber unentgeltlich über den Nachlass verfügen darf auch der befreiteste Vorerbe nicht; immer stellt sich ihm die Halt gebietende Vorschrift entgegen, die in dem zweiten Absatz des § 2113 BGB. für jeden Vorerben getroffen ist. Welches die Ursache dieser Schranke ist, haben wir bereits gesehen; hier kommt es nur auf die Wirkung an. Diese aber kann nur eine dingliche sein. Der Abs. 2 steht in engem Zusammenhang mit dem ersten Absatz, der den Vorerben in der Verfügung über die Nachlassgrundstücke und den Rechten an diesen beschränkt. Dies ergibt sich schon aus den Eingangsworten des zweiten Absatzes „Das Gleiche gilt". Der Erfolg der verbotenen Verfügung ist also in beiden Fällen der gleiche: Sie ist unwirksam. Zwar hat Hachenburg in seinen Studien zum Erbrecht auf Grund des zweiten Entwurfes versucht,[26]) die Wirksamkeit der Beschränkung hinsichtlich der unentgeltlichen Verfügungen anders zu konstruieren, als die hinsichtlich der Grundstücke, doch hat er seine Ansicht für das BGB. bereits revidiert.[27]) Noch jetzt vertritt Böhm eine ähnliche Auffassung.[28]) Doch sagt Raape treffend: „Böhms Behauptung, dass eine verschiedene Behandlung von Abs. 1 und Abs.

---

[24]) JKE. 33, S. A. 169.

[25]) Das gemeinrechtl. fideicommissum eius quod supererit.

[26]) Hachenburg, S. 43 ff.

[27]) Hachenburg, Zeitschr. d. H. V. 06, S. 322.

[28]) Böhm, S. 118/19.

2 dadurch bedingt werde, dass . . . . ist nichts weiter als eine Behauptung."[29]) M. E. kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die Beschränkung in beiden Absätzen des § 2113 in gleicher Weise dingliche Wirkung hat, dass die Verfügung von selbst mit Eintritt der Nacherbfolge unwirksam ist, nicht aber, dass die Verfügung wirksam bleibe und nur einen Ersatzanspruch nach § 2138 Abs. 2 zur Folge habe.[30]) Dazu wären die ausführlichen speziellen Vorschriften nicht notwendig gewesen, die generelle Bestimmung des § 2138 hätte genügt. Es lässt sich nun nicht denken, wie im Falle der Nacherbschaft auf den Ueberrest nach § 2137 BGB. die immer bestehenbleibende Schranke bezüglich der unentgeltlichen Verfügungen eine andere Wirkung äussern solle, als bei nicht befreiter Vorerbschaft nach § 2113 Abs. 2. Wenn Wilke ausführt: „Die nach § 2137 dem Vorerben zustehenden Rechte gehen nur insofern weiter, wie die nach § 2136, als unentgeltliche Verfügungen des Vorerben, welcher von allen in § 2136 gedachten Beschränkungen und Verpflichtungen befreit ist, den dadurch benachteiligten Nacherben gegenüber unwirksam sind (§ 2113 Abs. 2), während sie in den Fällen des § 2137 wirksam bleiben und nur den Vorerben zum Schadensersatze verpflichten (§ 2138 2)"[31]) — „so bieten für diese Auffassung weder der Gesetzestext noch die Materialien (vgl. Motive V, S. 129; Protokolle V, S. 157) einen Anhalt."[32]) — Es folgt denn aus diesem Vergleich der Verfügungsmacht

[29]) Raape, S. 152.

[30]) Peiser, S. 95; Salinger, S. 169; wenden sich mit Recht gegen Böhm, S. 119; Hachenburg, Studien, S. 47; Frommhold, S. 143, die den Ersatzanspruch als das primäre auffassen und erst bei dessen Unmöglichkeit das Rückforderungsrecht Platz greifen lassen wollen; ebenso wie die hier vertretene Auffassung Kipp S. 247 f, Mathias S. 710.

[31]) Wilke, S. 160.

[32]) Planck, V, S. 466; ähnlich Strohal, S. 191.

und -beschränkung des Tv.'s mit der des Vorerben bei der Nacherbschaft auf den Ueberrest — auf den die KGE. vom 8. November 1906 in Anlehnung an die Protokolle hinweist und der auch billigerweise Platz greifen muss — der Beweis, dass auch die in Frage stehende Schranke des TV.'s dingliche Wirkung habe. Doehl natürlich verneint die Analogie, um seinen Standpunkt aufrecht erhalten zu können.[33]) Jedoch auch die praktischen Folgen, die eine Auffassung, wie sie Doehl vertritt, zeitigen müssen, lassen es unmöglich erscheinen, dass eine unentgeltliche Verfügung, die der Tv. trifft, Wirksamkeit haben solle und nur schadensersatzpflichtig mache. Darauf geht Brachvogel[34]) zur Entgegnung auf Doehl's Ausführungen ein: Angenommen der Tv. hätte einen beliebigen Nachlassgegenstand einem Dritten geschenkt, dann würde der Erbe bei Fortfall der Tv.'ung diesen Gegenstand nicht wiedererlangen können. Denn da ja nach Doehl der Tv. dem Dritten gegenüber zu der Schenkung befugt ist, so kann der Erbe den Gegenstand von dem Dritten weder vindizieren noch kondizieren. Ihm bleibt einzig und allein der Ersatzanspruch gegen den Tv., und wenn dieser nichts hat, so hat der Erbe ganz das Nachsehn. Um dem Erben eine so ungünstige Stellung zu geben, wäre es nicht nötig gewesen, die Schranke besonders in das Gesetz aufzunehmen. Denn einen Schadensersatzanspruch hätte der Erbe immer nach § 2216, 2219 BGB., weil unentgeltliche Verfügungen ja nie zur ordnungsmässigen Verwaltung gehören können. Der Doehl'sche Standpunkt und seine Konsequenzen sind nicht aufrecht zu erhalten. Uebrigens scheint auch Frommhold[35]) eine ähnliche Auffassung zu vertreten. Er verweist zwar bezüglich der in Satz 3 § 2205

[33]) Doehl in Gruchot, 50, S. 610.
[34]) Brachvogel, Gruchot 51, S. 311/12.
[35]) Frommhold V, S. 198.

getroffenen Beschränkung auf die gleiche Beschränkung des Vorerben, tritt aber dort, jedenfalls was die unentgeltliche Verfügung über Mobilien und Forderungen betrifft, dafür ein, dass in erster Linie nur ein Schadensersatz nach § 2138 Abs. 2 BGB. bestehe und erst subsidiär bei der Unmöglichkeit, diesen mit Erfolg geltend zu machen, das Rückforderungsrecht des verschenkten Gegenstandes zu verwirklichen sei.[36]) Dieser Standpunkt ist unhaltbar.

Wir aber gelangen zu dem Resultate, dass es nicht möglich ist, die Schranke des § 2205 Satz 3 anders als dinglich aufzufassen, und haben für diese Ansicht die Rechtsprechung[37]) und den überwiegenden Teil der Literatur auf unserer Seite.[38])

Nach den vorhergehenden Erörterungen über die Wirksamkeit der Schranke und der Feststellung, dass diese nur eine dingliche sein kann, kommen wir dazu, die Bedeutung der Schranke in rechtlichem Sinne zu erfassen. Im allgemeinen wird man versucht sein, diese Schranke kurzweg als Verfügungsbeschränkung zu bezeichnen,[39]) da doch der Tv. in seiner freien Verfügung durch diese Bestimmung in Satz 3 § 2205 BGB. beschränkt ist. Es wird deswegen notwendig sein, auf den Begriff und den Inhalt der Verfügungsbeschränkungen im BGB. kurz einzugehen. Was man unter Verfügungsbeschränkungen zu verstehen hat und welche einzelnen Beschränkungen hierunter zu rechnen sind, ist äusserst bestritten. Zwar geben die Mo-

[36]) Salinger, S. 169; Peiser, S. 95.

[37]) JKE. 27, S. A. 193, 33. S. A. 169; Thür. Blätter 51, S. 108.

[38]) Planck V, S. 575; Strohal I, S. 277; Brachvogel-Gruchot 51, S. 311 ff.; Jastrow, Zeitschr. d. N V. 06, S. 102; Weber, das. S. 655 ff.; Fuchs-Arnheim, S. 382; Güthe, S. 719; Predari, S. 542; Oberneck II, S. 597/98; Wolff, S. 43, Kipp S. 316.

[39]) § § 878, 892, 894 BGB.

tive[40]) eine ausführliche Erläuterung und heben dabei als gemeinsames Merkmal der eigentlichen Verfügungsbeschränkungen hervor, „dass den Berechtigten zum Schutze des Interesses eines anderen die Befugnis, über das Recht zu verfügen, ganz oder teilweise entzogen wird.“ Diese Begriffsbestimmung, die wohl für die Beschränkung des Tv.'s passen könnte, ist aber nicht erschöpfend und entspricht auch nicht durchaus dem Wesen der Verfügungsbeschränkung. Es lässt sich schwer aus den Motiven eine klare Definition entnehmen, weil sie in dem Bestreben „den Kreis der eintragbaren Verfügungsbeschränkungen zu umschreiben, hin- und herschwanken.“[41]) Die Folge ist, dass es auch in der Literatur zu einem festen Begriff nicht gekommen ist.[42]) Am klarsten ist m. E. Raape, der aus dem Worte „Verfügungsbeschränkung“ selbst seine Definition gewinnt: „Sie ist die auf einem besonderen Umstand beruhende Beschränkung in der an und und für sich vorhandenen Verfügungsbefugnis.“ Diese Erklärung passt aber nicht auf die Schranke, die den Verfügungen des TV.'s in § 2205 gesetzt ist. Denn seine Beschränkung beruht nicht auf einem „besonderen Umstande“, auf etwas Aussergewöhnlichem. Sie folgt vielmehr aus dem Wesen seiner Verfügungsberechtigung und aus der eigenartigen Stellung, wie sie dem Tv. im BGB. zugewiesen ist. Ihr fehlt ferner auch der generelle Charakter, den Raape mit Recht als ein Essentiale der Verfügungsbeschränkung auffasst;[43]) denn nur in dem einen Falle der unentgeltlichen Verfügung fehlt ihm das

---

[40]) Motive III, S. 216.

[41]) Achilles-Strecker, S. 23ff.; Biermann, S. 158; Kretzschmar, S. 112 ff.; Güthe, I, S. 208; Planck, III, S. 77; andere Literatur bei Raape, S. 27.

[42]) Raape; ähnl. Fuchs, I, S. 162 und Predari, S. 189.

[43]) Raape, S. 29.

vom Gesetz zugewiesene Recht, über alle Nachlassgegenstände zu verfügen.

Noch viel weniger aber ist die Schranke als ein Veräusserungsverbot gemäss den § § 134, 135 BGB. aufzufassen. Wollte man das Veräusserungsverbot nur als eine Unterart der Verfügungsbeschränkung ansehen,[44]) so wäre dem vorhergehenden nichts hinzuzufügen. Richtigerweise aber muss man sich von einer Vermengung dieser beiden Begriffe hüten und zwischen Veräusserungsverbot und Verfügungsbeschränkung scheiden.[45]) Nichts destoweniger aber sind die Merkmale der Verfügungsbeschränkungen auch auf die Veräusserungsverbote anzuwenden.[46]) Daraus schon könnte man folgern, dass die den Verfügungen des Tv.'s gesetzte Schranke auch nicht als Veräusserungsverbot, als singuläre Verfügungsbeschränkung, wie Raape sich ausdrückt, aufzufassen ist.[47]) Wollte man aber selbst den Veräusserungsverboten nicht die gleichen Merkmale zusprechen, wie den Verfügungsbeschränkungen, wie Herold,[48]) so liesse sich doch nicht die Anwendung der § § 134, 135 BGB. auf das Verfügungsverbot, dem der Tv. unterliegt, rechtfertigen.

Das absolute Veräusserungsverbot des § 134 dient dem öffentlichen Interesse, der § 135 ist zum Schutze bestimmter Personen erlassen. Dass nun die Verfügungsbeschränkung des Tv.'s nur zum Schutze bestimmter Personen, nämlich der Erben, Nachlassgläubiger und Vermächtnisnehmer dient, kann wohl nicht zweifelhaft sein; denn, wenn der Tv. nach der herrschenden Meinung auch ein Amt ausübt, so ist doch dieses Amt kein öffentliches. Deshalb ist der § 134

---

[44]) Güthe, I, S. 212; Fuchs, I, S. 162; ähnl. Kretzschmar, S. 114.

[45]) Raape, S. 22 ff.; Herold, S. 485.

[46]) So die herrschende Meinung, anders Herold, S. 485.

[47]) Raape, S. 3.

[48]) Herold, S. 485.

von vornherein auszuschalten, und es findet sich in der Literatur auch nur die Ansicht vertreten, dass die Verfügungsbeschränkung des Tv.'s ein relatives Veräusserungsverbot sei.[49]) Dieses relative Veräusserungsverbot äussert aber nur relative Unwirksamkeit, d. h. eine Verfügung, die gegen ein solches Verbot verstösst, ist nur den geschützten Personen gegenüber unwirksam, im übrigen aber gültig.[50]) Das aber ist mit der dinglichen Wirkung der Schranke in § 2205, die wir konstatiert haben, nicht zu vereinen.

Wie aber kommen wir dazu, die rechtliche Bedeutung dieser besonderen Art Verfügungsbeschränkung des Tv.'s zu ermessen? Vielleicht bringt uns der Vergleich mit dem Vorerbe wieder die Erklärung. Auch der Vorerbe ist ja nach § 2113 Abs. 2 nicht berechtigt, unentgeltlich zu verfügen, ebenso wie seine Verfügung über Nachlassgrundstücke oder Rechte an solchen der Wirksamkeit entbehrt, insoweit jedenfalls „als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden". Dem zweiten Absatz kann, wie wir gesehen haben, nur die gleiche Bedeutung zukommen wie dem ersten Absatz. Da aber die besondere Einschränkung des ersten Absatzes „insoweit sie das Recht des Nacherben usw." für unentgeltliche Verfügungen nicht in Betracht zu ziehen ist, weil solche Verfügungen des Vorerben ihrer ganzen Natur nach immer das Recht des Nacherben schmälern müssen,[51]) so scheint die Analogie mit dem Vorerben auch in diesem Punkte wohl berechtigt. Es wird also darauf ankommen festzustellen, welche rechtliche Bedeutung der Verfügungsbeschränkung des Vorerben

---

[49]) Biermann, S. 177; Frommhold, S. 196 in Verb. mit S. 143; Dernburg, V. S. 169.

[50]) Biermann, S. 177, 178, 173; Fischer-Henle, § 135; Raape, S. 40ff.

[51]) Salinger, S. 168; Thiesing, S. 241, Hachenburg, Zeitschr. d. N. V. 06, D. 323.

nach § 2113 beizumessen ist, um einen Rückschluss auf die ähnliche (nicht gleiche!) Beschränkung des Tv.'s machen zu können. Diese Bedeutung ist umstritten, und zwar wird der Streit hauptsächlich darüber geführt, ob die Unwirksamkeit der Verfügung relativ oder absolut ist. Wie Planck ausführt, ist „der massgebende Gesichtspunkt nicht der eines gesetzlichen Veräusserungsverbotes nach § 135, sondern die dingliche Gebundenheit des Rechtes des Vorerben nach § § 161 Abs. 2, 163".[52]) Danach ist die Unwirksamkeit eine absolute. Jeder Dritte kann sich auf sie berufen, der ein rechtliches Interesse daran hat.[53]) Aus den Materialien ist einzig und allein diese Auffassung der Schranke zu entnehmen.[54])

Dingliche Gebundenheit ist m. E. auch das Charakteristikum der Schranke in § 2205. Und wenn auch gegen die unmittelbare Anwendung des § 161 BGB. sich ebenso wie beim Vorerben einwenden lässt, „dass, wenn auch die zeitliche Begrenzung des Rechtes des Tv.'s auf Rechtsgeschäft, nämlich Testament oder Erbvertrag, beruht, das übertragene Recht an den Uebertragenden nicht zurückfallen, sondern demnächst auf eine andere Person, den Erben, übergehen soll,"[55]) so ist doch eine entsprechende Anwendbarkeit wohl am Platze. Abgesehen von dem Analogieschluss auf den Vorerben ist diese Auffassung auch die einzige, die mit dem Wesen der Tv.'ung und der Natur der Verfügungsmacht des Tv.'s vereinbar ist. Das Recht des Tv.'s ist ein resolutiv bedingtes, denn in dem Augenblicke, wo der Zweck der Tv.'ung erreicht ist, geht es auf den Erben über (vgl. auch § 2217 BGB.). Unter dinglicher Gebundenheit oder Gebundenheit der

[52]) Planck, V, S. 427.

[53]) Ausser Planck auch Staudinger, V, S. 350; Strohal, S. 181; Raape, S. 148; Roedler, S. 12; Wolffgarten, S. 32 ff.

[54]) Motive- V, S. 115/16; Protok. V, S. 97, 98, 111, 113.

[55]) Motive, V, S. 115.

Sache — ein Begriff, der auf die gemeinrechtliche Theorie zurückgeht[56]) — versteht man das Verbot einer Verfügung, die entgegen der bedingten Verfügung vorgenommen wird, so dass also in dieser Beziehung das Recht gebunden ist. Solche Verfügungen aber werden nicht erst unwirksam, wenn die Bedingung eintritt, sondern sind von vornherein unwirksam.[57]) Daran ist m. E. festzuhalten. Auf alle Fälle sind unentgeltliche Verfügungen des Tv's von vornherein als unwirksam anzusehen, ex tunc, nicht erst ex nunc bei Beendigung der Tv.'ung. Beim Vorerben ist auch dies bestritten. Aber auch bei ihm möchte ich mich für die Wirkung ex tunc entscheiden („die Verfügung i s t unwirksam" im Gegensatz zum ersten Entwurf „w i r d unwirksam").[58]) Die gegenteilige Erklärung, wie sie z. B. Planck gibt, erscheint erkünstelt.[59])

Wir fassen zusammen: Die Schranke in § 2205 ist ihrer rechtlichen Bedeutung nach keine Verfügungsbeschränkung im technischen Sinne, auch kein Veräusserungsverbot, sondern nur eine scheinbare Verfügungsbeschränkung, charakterisiert — ähnlich wie beim Vorerben — durch die dingliche Gebundenheit des Rechtes, unentgeltliche Verfügungen zu treffen — mit dinglicher, absoluter und ursprünglicher Wirkung. Das freie Verfügungsrecht des Tv.'s ist durch diese Schranke aus rechtspolitischen Grundsätzen zu einem Verfügungsrechte in nur beschränktem Umfange gestempelt worden.

Aus dieser Bedeutung der den Verfügungen des Tv.'s gesetzten Schranken ergeben sich als praktische Folgen: die entgegen dem Verbote getroffene unentgeltliche Verfügung ist mit Beendigung der Tv.'ung ipso iure rechtsunwirksam. Die durch die Verfügung

---

[56]) Windscheid-Kipp, S. 463 ff.
[57]) Biermann, I, S. 298.
[58]) I. Entw. § 1828.
[59]) Planck, V, S. 427.

Geschädigten — insbesondere der Erbe, aber auch Nachlassgläubiger und Vermächtnisnehmer — haben es erst nicht nötig, eine besondere Anfechtungshandlung vorzunehmen, um die Unwirksamkeit herbeizuführen. Dies ist praktisch natürlich für den Erben sehr bedeutsam. Gegenüber denjenigen, der durch die unentgeltliche Verfügung des Tv.'s etwas erlangt hat, steht dem Erben unmittelbar der Herausgabeanspruch bezw. der Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung zu. Daneben bleibt subsidiär der Tv. dem Erben zum Schadensersatze nach § 2219 BGB. verpflichtet. Aber auch bereits vor dem Ende der Tv.'ung hat derjenige, der durch die unentgeltliche Verfügung des Tv.'s in seinen Rechten geschmälert wird, Mittel, um sich gegen den evtl. Schaden zu schützen. Insbesondere kann er nach § 2227 BGB. bei dem Nachlassgerichte beantragen, den Tv. zu entlassen. Er hat ferner auch die Möglichkeit, durch eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO. die Unwirksamkeit der unentgeltlichen Verfügung feststellen zu lassen, da für ihn wohl immer hierfür hierfür ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung im Sinne dieses Paragraphen vorhanden sein wird. Auch dadurch, dass im Gegensatz zu § 2113 und § 161 BGB. sich nicht die Bestimmung findet, dass „die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung finden", ist der Erbe besonders geschützt. Denn es wäre willkürlich und bei der sorgfältigen Redaktion des Gesetzbuches nicht zu verantworten, wollten wir unterstellen, dass auch bei unentgeltlichen Verfügungen des Tv.'s der gutgläubige Erwerber geschützt wird.[60]) Selbst wenn der Erwerber geglaubt hat, dass die Schenkung in den Kreis der ausnahmsweise zulässigen falle, nützt ihm das nichts. Kipp,

[60]) Windscheid III, S. 312.

S. 316. Dies kann man nur dann gelten lassen, wenn das Gesetz die Anwendbarkeit der Vorschriften über den guten Glauben besonders hervorhebt.[61]) Das „nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet“ findet auf den Tv. volle Anwendung. Für bewegliche Sachen und Rechte an solchen, über die der Tv. unentgeltlich verfügt hat, bleiben die Vorschriften der §§ 932ff. 1032, 1207f. ausser Betracht. Für unentgeltliche Verfügungen an Nachlassgrundstücken und Rechten an solchen haben zwar die Vorschriften der §§ 892f BGB. als solche gleichfalls keine Gültigkeit.[62]) Aber die besonderen Vorschriften der Grundbuchordnung (GBO.) für Verfügungen des Tv.'s, die mit Eintragungen in das Grundbuch verbunden sind, im Zusammenhange mit dem Prinzip des guten Glaubens des Grundbuches werden die Sache doch in einem etwas anderen Lichte erscheinen lassen.

§ 4.

II. Die Beachtung der Schranke bei dem Grundbuchverkehre.

Die Schranke, der hinsichtlich der unentgeltlichen Verfügungen der Tv. nach § 2205 unterworfen ist, wird im Grundbuchverkehre noch besonders beachtet werden müssen. Um festzustellen, in welcher Weise dies zu geschehen hat, wird vorerst notwendig sein, die Frage zu beantworten, wie und wann der Tv. überhaupt zu grundbuchmässigen Verfügungen berechtigt ist. Dass der Tv. grundsätzlich über Nachlassgrundstücke und Rechte an solchen in jeder Weise — nur nicht unentgeltlich — verfügen kann, haben wir bereits gesehen, als wir den allgemeinen Begriff

[61]) Herold, S. 491.
[62]) JKE. 33, S. A. 174.

„Verfügungen über Nachlassgegenstände“ erörterten. Um nun eine Eintragung in das Grundbuch bewirken zu können, erweisen sich als formellrechtliche Voraussetzungen notwendig:

1. Der Eintragungsantrag des Aktiv- oder Passivbeteiligten nach § 13 GBO. (Antragsprinzip),
2. die Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten nach § 19 GBO. (formelles Konsensprinzip),
3. die vorgängige Eintragung des Berechtigten nach § § 40/41 GBO.,
4. dass die Erklärungen und sonstigen Eintragungsvoraussetzungen in der Form des § 29 GBO. vorliegen.[1])

Der Tv. ist nun zu Eintragungsantrag und Eintragungsbewilligung — die Bewilligung ist die Unterlage des Antrages[2]) — berechtigt, wobei es sich gleichbleibt, ob wir die Eintragungsbewilligung als Verfügung ansehen wollen oder nicht.[3]) Denn wenn der Tv. auch nicht als passiv Beteiligter im Sinne der § § 13 und 19 GBO. gelten kann, sondern natürlich immer der Erbe derjenige bleibt, „dessen Recht von der Eintragung betroffen wird,“ so ist doch eben die Verwaltung dieses Rechtes des Erben für die Dauer der Tv.'ung suspendiert. An seine Stelle tritt der Tv. Zutreffend führt hierüber Wunderlich aus: „Betroffener ist, wer Eigener eines der Rechte im oben dargelegten Sinne ist. Nun gibt es aber insbesondere im Familienrecht, Erbrecht, Konkursrecht Fälle, wo die Verwaltung des betroffenen Rechtes einer anderen Person zusteht, als dem Eigner des Rechts. In solchen Fällen ist die Bewilligung des Betroffenen weder erforderlich noch genügend. Es

[1]) Achilles-Strecker, S. 180; Fischer, S. 49/50; Turnau-Förster, S. 94.

[2]) Achilles-Strecker, S. 180; Fischer, S. 50; Fuchs-Arnheim, S. 169. Frommhold, S. 198.

[3]) Näheres hierüber, vgl. Wunderlich, S. 67 ff.

muss kraft der anderweitigen Bestimmungen des Familienrechts usw. die Bewilligung des Verwaltungsberechtigten verlangt werden. Dieser wird aber deshalb noch nicht zum Betroffenen".[4]) Natürlich wird es notwendig sein, dass der Tv. sich als solcher legitimiert und demgemäss seine Verfügungsberechtigung nachweist. Dies hat im Rahmen des § 36 GBO. durch Vorlegung des Tv.'s-Zeugnisses nach § 2368 BGB. zu geschehen: jedoch genügt es auch, wenn die letztwillige Verfügung, durch die ein Tv. ernannt ist, und das Protokoll über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt wird, wenn es das Grundbuchamt (GBA.) für ausreichend erachtet. — Es wird indes auf Grund des Eintragungsantrages und der Eintragungsbewilligung noch nicht ohne weiteres die Eintragung vorgenommen werden dürfen. Denn nach § 40 GBO. soll „eine Eintragung nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist." Demgemäss müsste bei grundbuchmässigen Verfügungen des Tv.'s zuvor immer der Erbe und dann auch gleichzeitig nach § 53 GBO. das Vorhandensein eines Tv.'s eingetragen sein. Als Grund für diese Ordnungsvorschrift des § 40 GBO. — denn es ist nur eine solche — gibt die Denkschrift an, dass hierdurch einmal die Legitimationsprüfung dem Grundbuchamte erleichtert, dann aber auch der eingetragene Berechtigte dagegen gesichert werde, dass ungeachtet der gemäss § 891 BGB. mit der Eintragung verbundenen Vermutung ein anderer unbefugterweise über das Recht verfügt.[5]) Jedoch schränkt § 41 GBO. die Vorschrift des § 40 — die wohl als Fessel für den Verkehr empfunden werden kann[6]) — bedeutsam ein, indem er für gewisse Fälle die vorherige Eintragung des Berechtig-

[4]) Wunderlich, S. 47.
[5]) Mugdan-Hahn, S. 163.
[6]) Predari, S. 571.

ten als unnötig erachtet. Hierher gehört auch, dass der Erbe bei einer Eintragung auf Grund der Bewilligung eines Tv.'s oder auf Grund eines gegen diesen vollstreckbaren Titels nicht eingetragen zu werden braucht, obwohl er Betroffener im Sinne des § 40 ist, wenn die Uebertragung oder die Aufhebung des Rechtes eingetragen werden soll. Indess ist auch hierbei wieder eine Einschränkung getroffen für den Fall, dass die Bewilligung des Tv's oder der gegen ihn vollstreckbare Titel gegenüber dem Erben nicht wirksam ist. Nach der Denkschrift rechtfertigt sich diese Beschränkung dadurch, „dass der Tv. nur unter gewissen Voraussetzungen und innerhalb gewisser Grenzen über den Nachlass verfügen kann (vgl. § § 2205—2209, 2213 BGB.)."[7])

Aus § 41 Abs. 2 GBO. ist aber nicht zu folgern, dass, falls die Bewilligung des Tv.'s gegen den Erben nicht wirksam ist, der § 40 wieder Platz greift und nur der Erbe zuvor eingetragen werden muss, damit in einem solchen Falle eine Eintragung auf Grund der Bewilligung des Tv.'s geschehen könne. Vielmehr ist dann überhaupt die Eintragung vom GBA. zurückzuweisen. Denn nur so ist es möglich, das Grundbuch vor Unrichtigkeiten zu bewahren. Der Umfang der Befugnisse des Tv.'s wird also der Prüfung durch den Grundbuchrichter (GBR) unterliegen. Da nun aber die Verfügungsmacht des Tv.'s eine im allgemeinen unbeschränkte ist, so wird das Grundbuchamt, abgesehen davon, ob das Grundstück oder das Recht, über das der Tv. verfügen will, überhaupt zum Nachlasse gehört und ob es der Verwaltung des Tv.'s im speziellen unterliegt, nur zu prüfen haben, ob der Tv. im Rahmen des § 2205 BGB. verfügt, d. h. ob nicht ein unentgeltliches und damit unwirksames Rechtsgeschäft der Eintragungsbewilligung zugrunde liegt.

[7]) Mugdan-Hahn, S. 165.

Darum also wird die in Frage stehende Schranke für den Grundbuchverkehr eine besondere Bedeutung gewinnen. Nach der Doehl'schen Meinung allerdings von der Verfügungsfreiheit des Tv.'s auch hinsichtlich der unentgeltlichen Verfügungen wird auch eine Prüfung in dieser Hinsicht sich erübrigen.[8]) Doch da, wie wir festgestellt haben, richtiger Ansicht nach eine unentgeltliche Verfügung des Tv.'s absolut unwirksam ist, so wird es wohl notwendig sein, dass das GBA. daraufhin die Verfügungen des Tv.'s zu prüfen hat.[9]) „Streiten lässt sich überhaupt nur über die eine Frage, ob immer ein Nachweis der Nicht-Unentgeltlichkeit erforderlich und in welcher Weise erforderlichenfalls dieser Nachweis dem GBA. zu führen sei."[10]) Wenn nun weiter der GBR. prüfen soll, ob die Verfügung des Tv.'s eine entgeltliche oder unentgeltliche sei, so ist dies nicht anders möglich als dadurch, dass er auf den Inhalt des zugrunde liegenden Kausalgeschäftes eingeht.[11]) Dies aber scheint mit den Regeln und den Prinzipien des Grundbuchs in Widerspruch zu stehen. Denn die Eintragungsbewilligung, auf Grund deren nach § 19 GBO. die Eintragung zu erfolgen hat, ist eine abstrakte Erklärung.[12]) Sie hat demnach an und für sich mit dem Kausalgeschäft nichts zu tun.[13]) Trotzdem wäre es falsch, wollte man aus dem § 19 GBO., der das formelle Konsensprinzip statuiert, schliessen, dass der GBR. in jedem Falle der Prüfung des Kausalgeschäftes über-

---

[8]) Doehl, Gruchot, 50, S. 610.

[9]) JKE. 33, S. A. 164; Oberneck, II, S. 597; Predari, S. 545; Güthe, S. 719.

[10]) Brachvogel, Gruchot, 51, S. 213.

[11]) Oberneck II, S. 597 — wie wir oben gesehen haben, hängt die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit einer Verfügung davon ab, ob das zugrunde liegende Kausalgeschäft entgeltlich oder unentgeltlich ist.

[12]) Güthe, I, S. 348.

[13]) Turnau-Förster, S. 141.

hoben ist,[14]) wie dies das KG. unter der Herrschaft der Grundeigentumsgesetze grundsätzlich ausgesprochen hat.[15]) Denn wie das KG. ausführt, haben diese Gesetze das Legalitätsprinzip, wie es im § 46 der preussischen GBO. sanktioniert war, aufgegeben.[16]) Das Legalitätsprinzip ist zwar ausdrücklich auch in die Reichsgrundbuchordnung nicht aufgenommen worden; doch ist es in beschränktem Umfange auch heute noch anzuerkennen, weil es ein Prinzip der Billigkeit und Zweckmässigkeit ist, und eine ausdrückliche Aufnahme in die GBO. deshalb überflüssig erschien. Daher ist von diesem Standpunkte aus auch das formelle Konsensprinzip in § 19 GBO. zu beachten. Es ist aus der Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen mit ziemlicher Sicherheit zu entnehmen,[17]) dass er nicht nach dem starren Wortsinn dahin auszulegen ist, dass eine Prüfung der Legalität der zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte überhaupt nicht mehr stattfinden darf.[18]) „Legalitätsprinzip und formelles Konsensprinzip kollidieren nicht miteinander."[19]) Vielmehr ist dieses in Verbindung mit jenem dahin zu verstehen, dass zwar r e g e l m ä s s i g das Kausalgeschäft nicht der Prüfung des GBR. unterliegt,[20]) jedoch zu prüfen ist, ob derjenige, welcher ein dingliches Recht überträgt, zu dieser Verfügung berechtigt ist.[21]) Da-

---

[14]) So Herold, S. 499.

[15]) JKE. 13, S. A. 454.

[16]) § 46 preuss. GBO.: „Der Grundbuchrichter ist verpflichtet, die Rechtsgültigkeit der vollzogenen Auflassung-, Eintragungs- oder Löschungsbewilligung nach Form und Inhalt zu prüfen usw." vgl. auch Dernburg-Hinrichs, S. 122.

[17]) Näheres, s. Wunderlich, S. 17ff.

[18]) Fischer, S. 57.

[19]) Wunderlich, S. 14.

[20]) JKE. 31, S. A. 298; JKE. 33, S. A. 167; ZBlFG. II, 276.

[21]) JKE. 21, S. A. 150; JKE. 31, S. A. 298; ZBLFG. VII, 102.

her liegt ausnahmsweise dem GBR. die Prüfung des Kausalgeschäftes ob, wenn die von ihm zu prüfende Verfügungsmacht von dem Inhalte des Kausalgeschäftes abhängt.[22]) Dies ist beim Tv. nach § 2205 der Fall. Gleichgültig also, ob der Erbe als Berechtigter und demgemäss auch die Tv.'ung eingetragen ist oder nicht, wird der GBR. der Eintragungsbewilligung des Tv.'s nicht ohne weiteres stattgeben dürfen (so Doehl), sondern die Aufdeckung des Kausalgeschäftes verlangen müssen.[23]) Ist aber, so müssen wir uns weiter fragen, mit der Vorlegung des entgeltlichen Kausalgeschäftes ohne weiteres der Nachweis der Verfügungsbefugnis des Tv.'s, d. h. der Nichtunentgeltlichkeit der Verfügung geführt, oder bedarf es hierzu noch eines besonderen Nachweises und wie muss dieser evtl. erbracht werden?

Der § 29 GBO. bestimmt:

> „Eine Eintragung soll nur erfolgen, wenn die Eintragungsbewilligung oder die sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen vor dem Grundbuchamte zu Protokoll gegeben oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Andere Voraussetzungen der Eintragung bedürfen, soweit sie nicht bei dem Grundbuchamte offenkundig sind, des Nachweises durch öffentliche Urkunden."

Dieser Paragraph gibt eine Ordnungsvorschrift, in welcher Weise dem GBA. die Voraussetzungen der Eintragung nachzuweisen sind, um hierdurch eine sichere Grundlage für deren Prüfung zu schaffen.[24]) Notwendig wurden diese Bestimmungen mit Rück-

---

[22]) JKE. 33, S. A. 167; Turnau-Förster II, S. 229; Predari, S. 544; Güthe, I, S. 719; Thür. Blätter, 51, S. 103; a. M. Herold, S. 499.

[23]) Turnau-Förster II, S. 229.

[24]) Mugdan-Hahn, S. 161/62.

sicht auf die Gefahren, die aus dem im Grundbuchverkehre bestehenden Prinzip des guten Glaubens erwachsen können, falls die Voraussetzungen der Eintragung und deren Nachweis nicht auf durchaus zuverlässigen Quellen beruhen.[25]) Diese Vorschrift soll in gleicher Weise für alle Voraussetzungen gelten, wie es jedenfalls der Wortlaut des Gesetzes und die Entstehungsgeschichte des Paragraphen mit Sicherheit annehmen lässt.[26]) Es würde also auch der Nachweis der Nichtunentgeltlichkeit des Kausalgeschäftes bei Verfügungen des Tv.'s in den strengen Formen des § 29 GBO. zu geschehen haben. Der Notwendigkeit stellt sich aber die Unmöglichkeit entgegen.[27]) Die negative Tatsache, dass der Eintragungsbewilligung des Tv.'s keine unentgeltliche Verfügung zugrunde liegt, lässt sich mit den Mitteln, die uns der § 29 in die Hand gibt, schlechterdings nicht führen, weil überhaupt ein solcher Beweis der Negative beim Grundbuch sich damit nicht erbringen lässt. Treffend hat dies Brachvogel[28]) nachgewiesen und auch die Judikatur gibt dies ohne weiteres zu.[29]) Durch öffentliche Urkunden, denen nach § § 415, 418 ZPO. Beweiskraft beizumessen wäre, könnte nur bewiesen werden, dass Erklärungen vorliegen, die auf ein entgeltliches Rechtsgeschäft schliessen lassen, z. B. dass ein Kaufvertrag abgeschlossen und die Kaufsumme gezahlt worden sei. Niemand aber und nichts könnte dafür bürgen, dass nicht etwa der Kaufvertrag nur ein Scheinmanöver und das Kaufgeld hinterher zurück-

[25]) Güthe, I, S. 560; Predari, S. 467; Achilles-Strecker, S. 226.

[26]) E. Entw. GBO. § 39; Mugdan, S. 162; JKE. 33, S. A. 171/72; Brachvogel, Gruchot, 50, S. 80.

[27]) JKE. 33, S. A. 172; Brachvogel, Gruchot, 50, S. 80 ff.; Oberneck, S. 597.

[28]) Brachvogel, Gruchot, 50, S. 80 ff.

[29]) RG. 61, S. 233; RG. 65, S. 220; JKE. 33, S. A. 172.

gegeben sei, also dass in Wirklichkeit nicht doch eine Schenkung vorliege. Sollte sich trotzdem vielleicht solch ein Nachweis führen lassen, so würde doch die Beschaffung von öffentlichen Urkunden hierüber derart umständlich und kostspielig sein, dass eine grundbuchmässige Verfügung des Tv.'s so gut wie unmöglich gemacht wäre. Offenkundigkeit aber darüber, dass eine Verfügung keine unentgeltliche sei, wird wohl kaum beim GBR. in Frage kommen. Denn Offenkundigkeit ist hier ebenso wie im § 291 ZPO. zu verstehen; danach sind offenkundig bei dem GBA. zunächst „allgemein anerkannte wissenschaftliche Wahrheiten" und „Vorgänge des weltgeschichtlichen und Naturlebens, deren Kenntnis Gemeingut aller verständigen Menschen ist",[30]) vor allem aber die dem GBR. amtlich bekannten Tatsachen.[31]) Offenkundig jedoch aus dem allgemeinen Erfahrungssatze, dass Grundstücke oder Rechte daran nicht verschenkt zu werden pflegen[32]) oder gar daraus, dass es im allgemeinen wohl nicht vorkommen werde, dass der Tv. solche Schenkungen mache, zu folgern, geht nicht an und verstösst gegen jede Logik. — Es ergibt sich folgendes Resultat:

1. Es lässt sich mit den Mitteln des § 29 GBO. der Nachweis nicht erbringen, dass eine Verfügung nicht unentgeltlich ist.
2. Der GBR. muss, um das Grundbuch vor Unrichtigkeiten zu bewahren und sich nicht etwa regresspflichtig zu machen, die Nichunentgeltlichkeit der Verfügung als Voraussetzung der Eintragung beachten.
3. Andere Mittel als die in § 29 genannten gibt die GBO. zum zuverlässigen Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen nicht an die Hand.

---

[30]) RG. 17, S. 271.
[31]) Achilles-Strecker, S. 235; Güthe, I, S. 610.
[32]) RG. 61, S. 233.

Soll also auf Grund dessen der Grundbuchrichter prinzipiell jeden Eintragungsantrag und -bewilligung des Tv.'s zurückweisen? Das geht nicht. Das widerspricht dem Wesen der Tv.'ung und dem klaren Sinne des § 2205. Soll der GBR. auf die Nichtunentgeltlichkeit überhaupt nicht achten und jeder Eintragungsbilligung ohne Rücksicht auf die Schranke nachkommen? Auch das geht nicht. Es könnte unentgeltlichen Verfügungen des Tv.'s Tür und Angel öffnen und würde den Erben völlig des Schutzes berauben, den ihm der Gesetzgeber durch die Vorschrift des § 2205 Satz 3 angedeihen lassen wollte.

Es ist demnach eine Lücke im Gesetz zu konstatieren, und es wird darauf ankommen, festzustellen, wie in der Praxis diese Lücke am besten ausgefüllt werden kann. Um den richtigen Weg zu finden, wird es erspriesslich sein, die Art und Weise kennen zu lernen, wie die bisherige Rechtsprechung verfahren ist.

Ebenso wie bei den Verfügungen des Tv.'s wird in den analogen Fällen des Gesetzes, wo gleichfalls nur das Verbot unentgeltlicher Verfügungen die sonstige Verfügungsfreiheit beschränkt, diese Schranke im Grundbuchverkehre besonders zu beachten sein, und da die Mittel der GBO. hierfür nicht ausreichen, der Rechtsprechung die Aufgabe stellen, helfend einzugreifen.

Es bestimmt:

§ 1446 BGB. bezüglich des in Gütergemeinschaft lebenden Ehemannes:

„Der Mann bedarf der Einwilligung der Frau zu einer Schenkung aus dem Gesamtgute,"

§ 1641 bezüglich des Vaters:

„Der Vater kann nicht in Vertretung des Kindes Schenkungen machen",

§ 1804 bezüglich des Vormundes:

„Der Vormund kann nicht in Vertretung des Mündels Schenkungen machen",

§ 2136, 2137 bezüglich des befreiten Vorerben, dass dieser freies Verfügungsrecht hat, mit Ausnahme unentgeltlicher Verfügungen.

Die umfangreiche Rechtsprechung über den befreiten Vorerben hat sich nun in striktem Gegensatz zu der spärlichen Rechtsprechung in den anderen Fällen gestellt. In einer grösseren Anzahl von Entscheidungen über den befreiten Vorerben ging das KG., wobei es seinen früher eingenommenen Standpunkt[33]) verliess, und auch das Reichsgericht im grossen ganzen, wenn sich im einzelnen auch Verschiedenheiten zeigen, gemeinsam von folgenden Grundsätzen aus:[34])

Wegen der Schwierigkeit der Prüfung, ob eine unentgeltliche grundbuchmässige Verfügung vorliege, soll der GBR. überhaupt mit einer solchen Feststellung nicht befasst werden und die Entscheidung dem Nacherben dadurch überlassen bleiben, dass das Recht des Nacherben in allen Fällen im Grundbuche eingetragen werde. Oder aber es müsse, wenn man von einer Eintragung absehen wolle, die Einwilligung des Nacherben zu der Verfügung des Vorerben in der Form des § 29 GBO. beigebracht werden. Diese Entscheidungen haben mit Recht fast in der gesamten Literatur Entrüstung hervorgerufen,[35]) und auch die oberlandesgerichtliche Judikatur hat sich zum Teil dagegen ausgesprochen,[36]) nicht etwa, weil sie mit den

[33]) OLG. Bd. VI, S. 182.

[34]) JKE. 26. S. A. 264, 29 S. A. 163; 30 S. A. 261; 33 S. A. 45, 178, 184; RG. 61, S. 228, 65, S. 214. RG. 69 S. 259 ff. JKE. 38, S. A. 233 ff.

[35]) Jastrow, DNV. 06, S. 97ff.; Weber das. S. 611 ff.; 07, S. 475 ff.; Dorst, auf den Verh. d. 5. deutsch. Not. Tag. unter alls. Zustimm., DNV. 08, S. 523 ff.; Glaser, DJZ. 08, S. 242; Erdmann das. S. 529; Planck, V., S. 460 ff.; Oberneck, II, S. 612; Kipp, S. 260 u. a. m.

[36]) Bayr. oberstes Landesger. DNV. 07, S. 330; OLG. Dresden, ZBlFG. VIII, S. 550; OLG. Cassel, Rhein. Notar. Zeitg. 05, I, S. 182.

Vorschriften der GBO. in Widerspruch treten, — denn diese weist eine Lücke auf, wie wir festgestellt haben, — sondern deshalb, weil die Rechtsprechung diese Lücke in einer Weise auszufüllen sucht, die das Institut des befreiten Vorerben lahm legen und dem Verkehre eine unerträgliche Fessel auferlegen muss. Dies hatte das KG. in seiner Entscheidung vom 22. Dezember 1902 ausdrücklich betont.[37]) Auch sei ein Grundstück oder eine Hypothek mit Nacherbenvermerk, so wird mit Recht hervorgehoben, so gut wie eine res extra commercium.[38]) Man hat weiter darauf hingewiesen, dass dasjenige, was für den befreiten Vorerben zu gelten habe, konsequent auch auf den Vormund, den Vater, den Ehegatten, den Tv. angewandt werden müsse. Hier aber zeigt sich besonders der Mangel der Entscheidungen. Z. B., dass das Recht des Erben in allen Fällen bei Verfügungen des Tv.'s eingetragen werde, widerspricht klipp und klar dem § 41 Abs. 2 GBO.; die Einwilligung aber von Erben, Vermächtnisnehmern und Nachlassgläubigern beizubringen, ist wegen der Umständlichkeit und Kostspieligkeit so gut wie unmöglich. Noch viel schlimmer würde es bei Verfügungen des Vormunds und des Vaters sein. Doch hat die Gleichartigkeit der Fälle für befreiten Vorerben und Verwalter fremden Vermögens das RG.[39]) und ebenso auch das KG. zurückgewiesen, indem sie folgende Argumentation ins Feld führen: Es bestehe zwischen dem befreiten Vorerben und den übrigen, die nur Verwalter fremden Vermögens seien, grundlegende Verschiedenheiten. Bei Verfügungen des Tv.'s usw. habe der GBR. nur zu prüfen, ob die Verfügungen innerhalb der vom Gesetz gesteckten Grenzen geschehen und es sei

[37]) OLG. Bd. VI, S. 182.
[38]) Jastrow, DNV. 06, S. 98.
[39]) RG. 64, S. 222/23. — JKE. 33, S. A. 171.

nur als eine Frage der Legitimationsprüfung anzusehen, dass der Verfügung nicht eine unzulässige Unentgeltlichkeit zugrunde liege. „Hierbei wird der GBR. nicht ausschliesslich urkundliche Beweise zu fordern, sondern auch allgemein feststehende Erfahrungssätze, die auch sonst, wenn der Grundbuchverkehr nicht lahm gelegt werden soll, vom GBR. zu berücksichtigen sind, heranzuziehen haben. Diese aber werden ihn . . . dazu führen müssen, die Erklärungen der Beteiligten, dass die betreffende Verfügung keine unentgeltliche sei, als wahr zu erachten, es sei denn, dass besondere Umstände einen bestimmten Anhalt für die Annahme des Gegenteils bieten.“[40]) Diesen Gründen wird vom Standpunkte der Billigkeit und der Verkehrsrücksicht aus im grossen ganzen beizupflichten sein. Es ist aber nicht einzusehen, warum nicht ein gleiches für den befreiten Vorerben in Anwendung kommen soll. Denn die gewisslich in einzelnen Punkten wesentlichen Verschiedenheiten zwischen dem befreiten Vorerben und den Verwaltern fremden Vermögens — Auskunftspflicht (§ § 1681, 1800, 2218 BGB.), grössere zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit, besonders auch unbedingte Wirksamkeit der Verfügung des Verwalters gegenüber dem Herrn des Vermögens[41]) — betreffen doch nicht den Kernpunkt der Sache. Wenn man auch zugeben mag, dass wegen der hervorgehobenen Unterschiede der Nacherbe eines besonderen Schutzes bedarf und dieser ihm auch nach dem Gesetze zukommen soll,[42]) so soll doch auch in durchaus ähnlicher Weise der Erbe gegenüber dem Tv., das Kind gegenüber dem Vater, der Mündel gegenüber dem Vormund, die Ehefrau gegenüber dem Manne geschützt werden. Denn gerade aus dem Grunde hat

[40]) RG. 65, S. 223.
[41]) Planck, V. S. 460.
[42]) RG. 65, S. 223.

ja der Gesetzgeber die Schranke aufgerichtet und die freie Verfügungsmacht durch Entziehung des Rechtes der unentgeltlichen Verfügung beschränkt. — Auch beim befreiten Vorerben handelt es sich doch ebenso wie bei einem Verwalter fremden Vermögens um die Frage seiner Legitimation zu der betreffenden Verfügung, wenn zu prüfen ist, ob diese auf Grund eines unentgeltlichen Kausalgeschäftes erfolgt.[43]) Es ist deshalb nicht zu verstehen, warum die Judikatur bei Verfügungen des Tv.'s usw. die allgemeine Lebenserfahrung in Betracht zieht und sie beim Vorerben ausschliesst, warum sie den Verwaltern fremden Vermögens offenes Vertrauen und dem Vorerben nur Misstrauen entgegenbringt. Es ist auch nicht einzusehen, warum die Rechtsprechung in dem einen Falle nicht dulden will, dass durch die strenge Anwendung des lückenhaften Gesetzes der Grundbuchverkehr lahmgelegt, die Verfügungsfreiheit zu einer illusorischen gemacht werde und sie andererseits beim befreiten Vorerben selbst ihre Macht dazu aufbietet, dass das materielle Recht durch das formelle Recht getötet werde. — Zwar hat schon unter dem Ansturm der Kritik die höchstrichterliche Judikatur ein klein wenig nachgegeben,[44]) im Prinzip jedoch ihren — zum mindesten schon mit Rücksicht auf den Verkehr — unhaltbaren Standpunkt beibehalten und zu verteidigen gesucht. Solange aber dieser Standpunkt nicht aufgegeben ist, wird und darf die Kritik nicht verstummen, einmal, um das Institut des befreiten Vorerben zu retten, dann aber auch mit Rücksicht auf die fernere Gefahr, dass nicht etwa morgen oder übermorgen die Rechsprechung einen Schritt weiter nach rückwärts macht und ihre falschen Grundsätze vom befreiten Vorerben — abgesehen von Vater, Vormund

[43]) Herold im Zentralbl. Bd. 8, S. 222; Meikel, S. 186.
[44]) vgl. JKE. 33, S. A. 45 ff.; RG. 65, S. 215 ff. Oberneck, II, S. 612.

und Ehemann — auch auf den Tv. anwendet, weiterhin einem der praktisch wichtigsten Institute des modernen Rechtes den Lebensfaden abschneidend. Der Weg dahin ist nicht weit. Dies zeigt sich darin, dass bereits einige niedere Gerichte die verhängnisvollen Konsequenzen ziehen zu müssen geglaubt haben.[45]) Allerdings hat sich hiergegen das KG. in seiner ausführlichen Entscheidung vom 18. November 1906 gewandt,[46]) und auch das RG. hat in der Entscheidung vom 23. Februar 07 seinen Standpunkt bezüglich der Beurteilung der grundbuchlichen Verfügungen der Verwalter fremden Vermögens gegensätzlich zum befreiten Vorerben ausdrücklich betont.[47]) „Das GBA. soll nicht zur Vornahme der auf Grund der Verfügungen eines solchen Verwalters eines fremden Vermögens beantragten Buchungen erst und nur dann schreiten dürfen, wenn das Nichtvorhandensein einer die Wirksamkeit der Verfügung ausschliessenden Unentgeltlichkeit durch ein dem GBA. vorgelegtes Anerkenntnis des Erben dargetan ist.“[48]) Denn auch dieses würde ja noch nicht einmal ausreichen, da, wie wir gesehen haben, selbst des Erben Zustimmung der unberechtigten Verfügungen des Tv.'s keine Wirksamkeit verleihen kann. Die Rechtsprechung hat bezüglich der Verwalter fremden Vermögens andere Mittel gefunden, um die im Gesetz vorhandene Lücke auszufüllen und die Schwierigkeit zu beheben, welche sich für den Grundbuchverkehr bei der notwendigen Beachtung der in Frage stehenden Schranke ergibt.

Bisher hatte das KG., wie auch das RG. nicht daran gedacht, bei den Verwaltern fremden Vermögens zu grundbuchlichen Verfügungen die Zustimmung derer zu verlangen, deren Recht durch die Ein-

---

[45]) vgl. DNV. 07, S. 374/75 u. S. 223.
[46]) JKE. 33, S. A. 164 ff.
[47]) RG. 65, S. 214 ff.
[48]) Planck, V, S. 459.

tragung betroffen wird, weil sich sonst der Nachweis der Nichtunentgeltlichkeit nicht führen liesse. Zuerst hatte die Rechtsprechung überhaupt, ohne einen besonderen derartigen Nachweis das Verfügungsrecht des Tv.'s wie auch des Ehemannes als selbstverständliche Tatsache angesehen, ohne der Möglichkeit zu gedenken, dass doch hierdurch leicht der öffentliche Glaube des Grundbuchs einer unwirksamen Verfügung dienstbar gemacht werden könnte.[49]) Zwar hat dann die Judikatur für den in Gütergemeinschaft und auch in Fahrnisgemeinschaft lebenden Ehemann im allgemeinen dem GBR. die Prüfung darüber auferlegt, ob etwa einer der Fälle vorliegt, in denen der Mann nicht ohne Genehmigung der Frau verfügen kann (vgl. § § 1444/46 BGB.), also auch ob nicht die Buchung zum Zwecke einer Schenkung geschehen solle.[50]) Jedoch wurde auch hier noch nicht ausgesprochen, wie diese Prüfung möglich, wie der Nachweis der Nichtunentgeltlichkeit vom Ehemann zu führen sei, jedenfalls kein Wort darüber, dass er durch die Zustimmung der Ehefrau zu erbringen sei.

Erst als später, hervorgerufen durch die Rechtsprechung über den befreiten Vorerben einige untere Gerichte den Irrweg, den das KG. bezüglich der Vorerbenrechtsprechung gegangen war, auch für die Verwalter fremden Vermögens, besonders den Tv. einschlugen, besann man sich. Erst als man in der Literatur darauf hinwies: „Würden das KG. und RG. an ihrer Rechtsprechung festhalten, dass die Prüfung der Entgeltlichkeit einer Verfügung des Vorerben dem GBR. nicht zuzumuten und der Nachweis der Entgeltlichkeit mit den im Grundbuchverkehre zuläs-

[49]) JKE. 21, S. A. 316; 22, S. A. 134, 140; 23, S. A. 247; 24, S. A. 106; 25 S. A. 282; 27, S. A. 148 und RG. 61, S. 139.

[50]) JKE. 23, S. A. 130; OLG. III, S. 388/89; RJA. IV, S. 168.

sigen Beweismitteln nicht möglich sei, so würden sie mit unerbittlicher Notwendigkeit zu dem gleichen — ihren bisherigen Entscheidungen widersprechenden — Ergebnis für den Tv., Vater, Vormund, Ehemann gelangen müssen, damit aber dem Tv. ebenso wie den befreiten Vorerben den Todesstoss versetzen, den in der Verwaltung grundsätzlich freien Ehemann grundsätzlich an die Zustimmung seiner Frau binden und eine ordnungsmässige Vermögensverwaltung des Vaters und Vormundes unmöglich machen“[51]) — erst als man auf diese schwerwiegenden Konsequenzen aufmerksam machte, hat sich die Judikatur entschieden. Allerdings fiel diese Entscheidung nicht so aus, wie man es erstrebte.

Man ging von der Rechtsprechung über den befreiten Vorerben nicht ab, liess es im wesentlichen da beim alten. Aber KG. und RG. haben wenigstens für den Tv. und damit auch für die übrigen Verwalter fremden Vermögens einen gangbaren Weg gewiesen, haben hier die Hauptaufgabe der Rechtsprechung erfüllt, nämlich „das Gesetz mit seinen Mängeln anzuwenden, aber es nach Möglichkeit den Anforderungen, welche der bürgerliche Verkehr an das Gesetz stellt, anzupassen“.[52])

Dies geschah vor allem durch die bereits öfters erwähnte ausführliche Kammergerichtsentscheidung vom 8. November 1906, dann aber auch durch die Entscheidung des Reichsgerichts vom 23. Februar 1907. Hierauf näher einzugehen, erscheint notwendig. Das Kammergericht führt folgendes aus: auf Grund der Eintragungsbewilligung eines Tv.'s könne eine Eintragung in das Grundbuch nur erfolgen, wenn dem GBR. nachgewiesen werde, dass die Verfügung nicht gegen die Schranke im § 2205 BGB. verstosse, also

---

[51]) Weber, DNV. 06, S. 663.
[52]) RG. 20, S. 325;

nicht unentgeltlich geschehe. Mit den Mitteln des GBO., wie sie im § 29 GBO. für alle Eintragungsvoraussetzungen vorhergesehen seien — öffentliche Urkunden, Offenkundigkeit! —, lässt sich der Nachweis nicht erbringen. Um nun das Verfügungsrecht des Tv.'s nicht illusorisch zu machen und sich mit dem materiellen Rechte in Widerspruch zu setzen, kommt das KG. zu folgendem Schluss:

„Der GBR. hat demnach bei der Prüfung, ob die Bewilligung eines Tv.'s nicht unentgeltlich ist, auch auf andere Beweismittel als die im § 29 GBO. zugelassenen einzugehen. Er kann sich insbesondere nicht enthalten, die ihm in beglaubigter Form vorgelegten Erklärungen auf ihre inhaltliche Glaubwürdigkeit zu prüfen. Bieten sie zu Zweifeln daran keinen Anlass, so ist ihm unbenommen, den Inhalt als wahr anzunehmen, sofern ihm sonstige Bedenken nicht erkennbar sind. Bestehen Bedenken, so kann er zwar eigene Ermittlungen nicht veranstalten, wohl aber die Eintragung von der Beibringung weiterer Indizienbeweise abhängig machen. Immer aber muss er sich gegenwärtig halten, dass die Ueberspannung der Beweisforderungen dem Zwecke der Grundbucheinrichtung, dem Verkehre zu dienen, zuwider läuft." —[53])

Nicht notwendig aber ist es, diese Erkenntnis aus früheren Gesetzen und Kammergerichtsurteilen herzuleiten.[54]) Denn zu allen Zeiten hat, auch wenn es im Gesetz nicht ausgedrückt ist, als oberstes Prinzip der Rechtsprechung für den Richter zu gelten: die Billigkeit. Wollten in unserem Falle die Richter das mangelhafte Gesetz in seiner ganzen Strenge anwenden, so würde ebenso wie beim befreiten Vorerben das summum ius zur summa iniuria gestempelt werden. Von diesem Standpunkte aus ist die Kammergerichtsentscheidung mit besonderer Freude zu be-

[53]) JKE. 33, S. 175/76.
[54]) vgl. JKE. 33, S. 175.

grüssen. Sie weist den GBR. an, nach Treu und Glauben zu verfahren, dem Tv. Vertrauen und nicht Misstrauen entgegenzubringen. Es wäre doch auch wahrhaft ein unwürdiger Zustand, sollte der GBR. jedem Tv., wenn dieser ihm auch beteuert, dass seine Verfügung keine unentgeltliche sei, sagen müssen: das glaube ich Dir nicht; Du willst mich betrügen. Man muss doch zunächst davon ausgehen, dass die Tv., die der Erblasser als besondere Vertrauenspersonen, als Treuhänder, ausersehen hat, auch dieses Vertrauens würdig sind. Erst, wenn begründete Zweifel bei dem GBR. entstehen, dann soll er, wenn auch nicht hart und streng ein für allemal die verlangte Buchung zurückweisen, so doch die Eintragung nicht vornehmen, sondern dem verdächtigen Tv. nach § 18 GBO. eine Frist bestimmen, um Beweise für die Glaubwürdigkeit seiner Aussagen herbeizuschaffen.

Diese Lösung wird m. E. allen Teilen gerecht: Sowohl die Verfügungsmacht als auch die Schranke des § 2205 behalten den ihm vom Gesetzgeber beigelegten Wert. Dem Vollstrecker wird seine Aufgabe nicht unnötig erschwert oder gar unmöglich gemacht. Der Erbe ist gleichfalls hinreichend geschützt. Es wird so gut wie nie vorkommen, dass auf Grund einer unentgeltlichen, unwirksamen Verfügung eine Eintragung zustande kommt. Sollte es aber doch einmal geschehen, so findet der Erbe ausreichenden Schutz durch Ansprüche auf Berichtigung des Grundbuchs und Herausgabe des Erlangten, wenn der unentgeltliche Erwerber noch nicht weiter verfügt hat, genügende Sicherheit durch den Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung gegenüber dem ersten Erwerber und durch die Schadenersatzforderung gegenüber dem Tv., falls bereits das Grundstück oder Recht an einem Grundstücke sich in dritter Hand befindet. Und der Grundbuchrichter? Auch er wird nicht zu fürchten brauchen, in den seltenen Fällen, wo er wirk-

lich einmal das Opfer einer Täuschung wird, haftbar gemacht zu werden, hat er nur seine Pflicht getan und innerhalb der Grenzen seines Amtes sorgfältig gehandelt und geprüft. Das sichert die Kammergerichtsentscheidung ausdrücklich dem GBR. zu, der auf so verantwortungsvollem Posten steht. „Es ist so zwar gewiss möglich, dass das Grundbuch durch Eintragung einer unentgeltlichen Verfügung des Tv.'s unrichtig wird, das kann aber nach unserem Grundbuchrechte in unendlich vielen Fällen ohne jede Schuld und Verantwortung des Grundbuchbeamten geschehen."[55])

§ 5.

Schluss.

So hat denn m. E. die Rechtsprechung das richtige Mittel gefunden, um die im Gesetz vorhandene Lücke auszufüllen und deutlich ausgesprochen, in welcher Weise die den Verfügungen des Tv.'s gesetzte Schranke bei dem Grundbuchverkehre zu beachten ist. Wenn nun die Judikatur den einmal eingenommenen Standpunkt beibehält, so wird es vorderhand nicht notwendig sein, das mangelhafte Gesetz zu ändern. Sollte allerdings von dem richtigen Wege einst abgegangen und die falschen Grundsätze vom befreiten Vorerben auch auf den Tv. angewendet werden, dann in der Tat müsste man mit Nachdruck auf eine Aenderung des Gesetzes hinarbeiten. Jedenfalls aber dürfte diese dann nicht im materiellen Rechte vorgenommen werden, indem man ihre Bedeutung verkennend die Schranke ganz beseitigt.[1]) Vielmehr müsste das formelle Recht, die GBO., eine kleine Aenderung er-

[55]) Herold, im sächs. Arch. S. 499.

[1]) vgl. Martinius, DNV. 06, S. 41 u. Mommsen, Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 76, S. 176.

fahren. Doch wäre zu wünschen, dass sich dies nicht als nötig erwiese. Wollte aber die Praxis die Sicherheit des Verkehrs noch erhöhen, die Möglichkeit einer Uebertretung der Schranke für den Grundbuchverkehr so gut wie ganz ausschliessen, ohne dabei den Verkehr zu hemmen, dann könnte vielleicht als äusserstes verlangt werden, dass der Tv. bei auftauchenden Zweifeln die Entgeltlichkeit einer Verfügung durch eine entsprechende eidesstattliche Versicherung erhärten muss. Es ist nicht ganz ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber dies bereits im Auge gehabt hat. Denn in der Denkschrift zu § 28 GBO. heisst es: „Der Entwurf schliesst sich den die Ausstellung eines Erbscheins betreffenden Vorschriften des § 2356 Abs. 1, 3 des BGB. an.“[2]) Im Erbscheinsverfahren aber braucht der Antragsteller nur die positiven Tatsachen durch öffentliche Urkunden beweisen; „soweit es sich um negative Tatsachen handelt, kann ihm eine weitere Beweisführung nicht zugemutet werden. Zur Abhilfe dient die eidesstattliche Versicherung.“[3]) Sollte aber die Folgerung für den Grundbuchverkehr auch falsch sein,[4]) so weist doch diese Parallele vielleicht auf einen neuen gangbaren Weg hin, um die Verkehrssicherheit im Grundbuchverkehr zu erhöhen, der den Verfügungen des Tv.'s gesetzten Schranke voll und ganz gerecht zu werden.

---

[2]) Mugdan-Hahn, S. 162.
[3]) Motive, VI, S. 561.
[4]) Brachvogel in Gruchot 50, S. 79.